



Roj: **SJM B 1978/2018** - ECLI: **ES:JMB:2018:1978**

Id Cendoj: **08019470092018100022**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **9**

Fecha: **06/07/2018**

Nº de Recurso: **568/2017**

Nº de Resolución: **211/2018**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BARBARA MARIA CORDOBA ARDAO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado de lo Mercantil nº 09 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, (Edifici C) - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549749

FAX: 935549759

N.I.G.: 0801947120178003741

Procedimiento ordinario (Impugnación acuerdos sociales art. 249.1.3) - 568/2017 -D1

Materia: Impugnación acuerdos sociales

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de lo Mercantil nº 09 de Barcelona

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES 55 0049 3569 9200 0500 1274.

Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: Simón

Procurador/a: Marta Pradera Rivero

Abogado/a: JAVIER ROCA MUÑOZ

Parte demandada/ejecutada: **INTERMAS** NETS, S.A

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro

Abogado/a: Enrique Grande Bustos

SENTENCIA Nº 211/2018

Magistrada: Bárbara María Córdoba Ardao

Lugar : Barcelona

Fecha : 6 de julio de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El día 13 de septiembre de 2017, fue turnada a este juzgado la demanda presentada por Doña MARTA PRADERA RIVERO, procuradora de los tribunales, actuando en nombre y representación de Don



Simón contra la mercantil **INTERMAS** NETS SA en impugnación de los acuerdos sociales primero y segundo adoptados durante la junta general de socios celebrada el día 17 de febrero de 2017 por abuso de derecho, solicitando asimismo de forma acumulada, la ineficacia de los contratos de compraventa de acciones celebrados entre la sociedad y los Sres. Faustino , Guillermo y Bernabe en ejecución de los referidos acuerdos inválidos.

SEGUNDO. Admitida a trámite, se dio traslado de la misma a la parte demandada quien se opuso a su estimación en tiempo y forma.

TERCERO . El día 1 de febrero de 2018, a las 10:00 horas, se celebró la audiencia previa. Tras manifestar ambas partes que no había posibilidad de alcanzar ningún acuerdo, se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos proponiendo la práctica de diferentes medios probatorios de los cuales fueron admitidos los siguientes:

Parte actora : 1) documental por reproducida; 2) interrogatorio del actor en la persona del Sr. Bernabe y 3) testifical del Sr. Cesar .

Parte demandada : 1) documental por reproducida; 2) testifical de Faustino , Guillermo , Jacobo y Eloisa .

CUARTO . Días antes de la celebración de juicio, se solicitó por la representación procesal de otros dos socios, las mercantiles GREENVEST y PALESTRINS, la acumulación al presente procedimiento del juicio ordinario que se tramita ante este mismo juzgado con el nº 101/2018, al impugnar los mismos acuerdos sociales. De dicha petición se dio traslado por 10 días al resto de partes personadas.

QUINTO . El juicio se celebró el día 12 de abril de 2018, a las 10:00 horas, en el que se practicó la prueba admitida, a excepción de la testifical del Sr. Cesar , por renuncia expresa de la actora, con el resultado que consta en soporte de grabación audiovisual. A continuación, se concedió la palabra a ambos letrados para informe final.

SEXTO . Por auto de 4 de mayo de 2018, se denegó la acumulación al presente procedimiento al no concurrir los requisitos del art. 76.2 LEC , básicamente, al haberse presentado la segunda demanda fuera del plazo de 40 días respecto de la primera y después de haberse presentado el escrito de contestación a la demanda de **INTERMAS**, de tal manera que la nueva demandada se articulaba como un "derecho de réplica" para subsanar algunos de los motivos de oposición alegados. Dicha resolución fue confirmada en reposición por auto de 28 de junio de 2018.

SÉPTIMO . Una vez notificado, quedaron los autos en poder del proveyente para dictar la oportuna sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Posiciones de las partes

Las presentes actuaciones tienen su origen en la demanda presentada por Simón contra la mercantil **INTERMAS** NETS SA por la que solicita se dicte sentencia estimatoria de sus pretensiones y se declare la ineficacia de los acuerdos primero y segundo adoptados durante la junta general de socios celebrada el día 17 de febrero de 2017, al lesionar el interés social, según establece el art. 204.1 LSC. Todo ello en base a los siguientes argumentos:

1) Porque estamos ante un acuerdo adoptado por el socio mayoritario NEW PLUS a favor del Sr. Bernabe , con quien tiene vínculos familiares directos. Tal es así que el único consejero a quien se retribuye es al Sr. Bernabe y no al resto de consejeros que quedan fuera de la operación. El hecho de entregar un 0,5% a los directivos Sr. Guillermo y Sr. Faustino es para "disimular" la realidad, como es la entrega de ese 3% a favor del Sr. Bernabe sin contraprestación alguna.

2) Porque se intenta premiar a los directivos antes de conseguir unos objetivos.

3) La entrega de las acciones se hace por su valor nominal y no por su valor real, en claro perjuicio para la compañía. A su entender, el hecho de haberse desprendido del 4% de las acciones que la compañía tenía en autocartera supone un perjuicio patrimonial valorado en 1,7 millones de euros.

4) Asimismo, porque la sociedad ha desembolsado a favor de los directivos un millón de euros para financiar los costes fiscales derivados de la adquisición de las acciones, importe que no nunca recuperará por cuanto por un lado les concede un préstamo pero por otro, les beneficia con un plan de incentivos automático que cubre la totalidad de dicho préstamo.

5) La entrega de esas acciones al presidente del consejo de administración y a los otros dos directivos, conlleva un reparto inmediato de dividendos a su favor, en perjuicio del resto de socios.



6) La adquisición del 3% del capital social por parte del Sr. Bernabe refuerza la mayoría de NEW PLUS.

En suma, a entender de la parte actora, dicho acuerdo es claramente perjudicial para el interés social al desprenderse de unas acciones que tenía en autocartera, valoradas en unos 1,7 millones de euros para concederlas por su valor nominal. Además de lo que supone esa pérdida, la compañía asume también el coste fiscal del que tienen que responder los tres directivos al concederles un préstamo por importe de un millón de euros pero al mismo tiempo, les concede un plan de incentivos por dicho importe con lo que no tendrán que devolver cantidad alguna a la compañía.

Subsidiariamente, solicita la actora se declare la ineficacia de los citados acuerdos al haberse aprobado sin respetar su derecho de suscripción preferente.

De forma acumulada, interesa se declare la nulidad/ineficacia de los contratos de entrega de acciones celebrados entre **INTERMAS** y los tres directivos en ejecución de ese acuerdo inválido.

La demandada se opone a la demanda por los siguientes motivos (síntesis):

1.- La modificación del art. 17 de los estatutos sólo responde al cumplimiento de una obligación legal, como es adecuar la política retributiva de la empresa a los arts. 217 a 219 y 249 de la LSC.

2.- El Sr. Bernabe no es socio de **INTERMAS** ni de NEW PLUS, ni tiene ninguna capacidad para incidir en el sentido del voto, por lo que no se puede afirmar que estemos ante un acuerdo abusivo adoptado por la mayoría del capital social.

3.- Desde su constitución, ha sido práctica habitual en **INTERMAS** la de premiar a sus altos directivos mediante la entrega de acciones, siendo un sistema de retribución perfectamente legítimo y cuya finalidad no es otra que la de retener a esos directivos y que no se marchen a la competencia y alinear sus intereses personales a los de la sociedad. De hecho, el Sr. Simón fue en su día un directivo que se benefició de esta política retributiva que ahora pretende impugnar.

4.- Entrando ya en el análisis del plan de incentivos aprobados por la junta general, defiende su validez por los siguientes motivos:

a) Fue elaborado por un tercero, experto en la materia, que es quien había diseñado todos los planes de incentivos a largo plazo mediante la entrega de acciones hasta ahora.

b) El plan fue aprobado por unanimidad del consejo de administración, con la abstención del Sr. Bernabe .

c) Tiene por finalidad premiar a "altos directivos", no a las funciones ejecutivas del consejo de administración.

d) Tanto el Sr. Bernabe , como el Sr. Faustino como el Sr. Guillermo son merecedores de ese plan de incentivos mediante la entrega de acciones pues gracias a su labor, la compañía **INTERMAS** ha conseguido obtener de nuevo buenos resultados.

e) En relación al precio, se les entregaron las acciones a su valor nominal porque era la única manera de que fuera un "incentivo", objetivo que no se conseguía si la entrega de las acciones hubiera sido por su valor real de mercado. Es más, se les impusieron importantes limitaciones en cuanto a la venta a terceros para evitar que se marcharan de la compañía.

f) Por último, reconoce que la compañía decidió asumir en este caso el coste fiscal que les suponía a los tres directivos la adquisición de esas acciones, aprobando para ello un plan de incentivos adicional por importe de 1 millón de euros, con el fin de que esa adquisición fuera por su valor neto. Ahora bien, ese plan estaba condicionado a que esos directivos no se marcharan de la compañía hasta el 2019 (fecha en la cual se producirá el primer hito importante en el acuerdo de refinanciación alcanzado con las entidades bancarias al vencer un tramo de la deuda). En caso contrario, esos directivos tendrían que devolver a la compañía el préstamo concedido en 5 años y con un tipo de interés del 3% anual.

En relación al motivo de impugnación que se invoca con carácter subsidiario, niega que los socios tengan derecho de suscripción preferente, sólo aplicable a la venta de acciones con terceros, pero no cuando se trata de entregar acciones en autocartera a altos directivos como premio a su labor.

Por último, en relación a la acción de nulidad del contrato de venta de acciones suscrito el 21 de marzo de 2017 entre la sociedad y los tres directivos beneficiados, solicita su desestimación porque para el hipotético caso de estimarse la acción principal, sólo comportaría la declaración de ineficacia del acuerdo no pudiendo el juez ir más allá de dicho pronunciamiento y segundo, porque no podría declararse la ineficacia de ese contrato cuando no han sido llamados a este proceso como parte el Sr. Faustino , Sr. Guillermo y Sr. Bernabe .

**SEGUNDO . Impugnación de acuerdos sociales sobre política retributiva del órgano de administración por abuso de derecho . Criterios generales**

Antes de entrar en el análisis de los dos acuerdos sociales objeto de impugnación, es conveniente realizar dos reflexiones iniciales:

- 1) La primera, aquella que afecta al abuso de derecho como motivo de impugnación de un acuerdo social y
- 2) La segunda, las premisas que debe reunir toda política retributiva empresarial para ser acorde al interés social.

Comenzando con la primera de esas reflexiones, la acción principal que se ejercita en este procedimiento tiene su base y fundamento en el apartado primero del art. 204 LSC a cuyo tenor.

" 1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios".

Tal como ha afirmado recientemente el TS en su sentencia 15 de febrero de 2018 , ese párrafo segundo sólo define una modalidad de acuerdo lesivo por abuso de derecho pero no excluye la posibilidad de impugnar igualmente la eficacia de un acuerdo por abuso de derecho cuando concurren otras circunstancias que las hagan merecedoras de tal reproche legal por infringir el principio general del artículo 7.2 del CC . En palabras de nuestro Alto Tribunal:

" Es posible que algunos casos de «abuso de la mayoría», más que un abuso de derecho propiamente dicho, constituyan la infracción de un concreto deber jurídico por parte de los socios mayoritarios. Pero cuando la conducta en que consista el «abuso de la mayoría» revista las características propias del abuso de derecho (uso formalmente correcto de un derecho subjetivo, desbordamiento manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho y daño a un tercero), no es preciso acudir a la disciplina general del art. 7.2 del Código Civil puesto que se ha tipificado expresamente cuál es la consecuencia jurídica de tal conducta en el ámbito societario.

5.- Sin embargo, existen supuestos en los que el abuso de derecho en que se ha incurrido al adoptar el acuerdo social no es reconducible a ese supuesto de acuerdo «lesivo» del interés social específicamente previsto en el art. 204.1 TRLSC, tanto antes como después de la reforma. Así ocurre cuando el abuso de derecho que supone la aprobación del acuerdo social no lesiona propiamente el interés social".

La parte actora funda su acción de impugnación de los acuerdos primero y segundo adoptados durante la junta general de socios celebrada el día 17 de febrero de 2017 en el hecho de que la mayoría del capital social los adoptó para favorecer a un tercero, a pesar de ser lesivos para el interés social y los intereses del socio minoritario, motivo de impugnación perfectamente subsumible en el apartado primero, párrafo primero del art. 204 de la LSC, en su nueva redacción tras la Ley 31/2014 , por lo que podemos analizar el supuesto de autos bajo ese prisma, con sus posibles consecuencias y efectos, sin necesidad de acudir para su análisis al art. 7.2 CC .

Dicho lo cual, para poder someter ese acuerdo social sobre política retributiva al "test de abusividad", es inevitable acudir a los criterios y parámetros que fijan los arts. 217 a 219 y 249 LSC, por mucho que la parte demandada hubiera insistido en sus conclusiones finales que ello no era posible bajo el argumento de que el acuerdo se impugnaba sólo por abuso de derecho y no por infracción legal pues, lógicamente, para analizar si ese acuerdo social que aprueba una determinada política retributiva a favor de los miembros del órgano de administración es o no abusivo, hay que ver si la retribución aprobada es o no " adecuada a las circunstancias económicas de la empresa en cada momento", criterio previsto en el art. 217.4 LSC o , dicho de otra manera, esos nuevos preceptos legales nos dan las pautas necesarias para valorar si una determinada política retributiva es o no idónea y adecuada al interés social.

Ahondando más en ese nuevo régimen legal, la Ley 31/2014, para la mejora del gobierno corporativo , introdujo importantes modificaciones o más, bien, concreciones, respecto del régimen interior, en lo que a política retributiva se refiere, con el fin de fomentar la transparencia en las sociedades de capital y aumentar la participación y el control accionarial en la toma de decisiones de esta naturaleza.

Así, el art. 217, después de recordar que el cargo de administrador es gratuito salvo que los estatutos dispongan lo contrario debiendo prever, en este caso, el sistema retributivo por el que se decanta. El apartado 2 incluye un



listado abierto de cuáles son los posibles sistemas de retribución que hay y que pueden figurar en los estatutos, pudiendo éstos prever uno o varios de ellos de manera combinada. Por ejemplo:

- a) *una asignación fija,*
- b) *dietas de asistencia,*
- c) *participación en beneficios,*
- d) *retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia,*
- e) *remuneración en acciones o vinculada a su evolución,*
- f) *indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y*
- g) *los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.*

Como decía, se trata de una lista abierta siendo perfectamente válido y legítimo que los estatutos prevean otros sistemas de retribución distintos. De hecho, la norma no recoge conceptos retributivos tan comunes y frecuentes como, por ejemplo, los seguros de vida y de salud, tickets de comida, vehículos de empresa, retribuciones flexibles, etc.

Ahora bien, según la STS de 26 de febrero de 2018, que exista la obligación de "reserva estatutaria" en cuanto al sistema o sistemas de retribución del órgano de administración (hasta el punto que un administrador no podría cobrar por conceptos distintos a los previstos en los estatutos), nuestro Alto Tribunal también aboga por dar cierta flexibilidad a la redacción de esas cláusulas estatutarias de tal manera que para que sean válidas, no es necesario que concreten en detalle cada uno de los sistemas de retribución elegidos, dejando que sea la junta general la competente para su posterior concreción.

Con todo, sea cual sea el sistema de retribución previsto en los estatutos, deberá respetar, siempre y en todo caso, los criterios y parámetros que fijan los apartados 3 y 4 del art. 217 LSC. En particular:

La retribución deberá guardar, una *proporción razonable* :

o Con la importancia de la sociedad

o Con la situación económica que tuviera en cada momento la empresa y

o Con los estándares de mercado de empresas comparables. Para lo cual, es determinante que la muestra de comparación sea "representativa", tal como concluyó este mismo juzgador en su sentencia de 31 de enero de 2018.

El sistema de remuneración establecido deberá estar *orientado a* :

o Promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad.

o Deberá incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos

o Evitar la recompensa de resultados desfavorables.

Posteriormente, será la junta general de socios la que cada año deba aprobar la retribución concreta de cada miembro del órgano de administración cuando éste sea "*simple*" y si es "*complejo*", la cantidad máxima a percibir por el consejo de administración, tanto por sus funciones deliberativas como ejecutivas, siendo luego competencia de sus miembros el de distribuir ese dinero entre los consejeros en atención a sus funciones y responsabilidades.

Además de esos requisitos, que repito, son comunes para todos los sistemas de retribución, el artículo 218 recoge unas especialidades adicionales cuando el sistema retributivo elegido sea mediante "participación en beneficios" y el art. 219 LSC cuando sea mediante entrega de acciones o derechos sobre acciones ("*stock options*"), solo aplicable a las sociedades anónimas.

Centrándome ya en este último sistema de retribución, al ser el objeto de esta Litis, indicar que si se quiere retribuir a un miembro del órgano de administración mediante este sistema, lo primero que deberemos acudir es a los estatutos para ver si éstos contemplan esa forma de retribución de sus consejeros. En caso afirmativo, será la junta general la competente para aprobar los siguientes aspectos:

a) Las condiciones objetivas esenciales de ese plan de incentivos o programa de retribución, el cual debe promover el interés social.

b) El número máximo de acciones que se podrán asignar "en cada ejercicio" a este sistema de remuneración.



- c) La duración del plan, lo que dependerá de los objetivos que se quieran alcanzar.
- d) El precio de la acción o, al menos, cuál es el sistema de cálculo o los parámetros de referencia a tal efecto.
- e) Estimación de la cuantía de la retribución a percibir por este concepto.

Una vez fijados esos criterios por la junta, el consejo de administración deberá decidir quiénes son las personas beneficiarias por ese plan de incentivos y de distribuir entre ellas ese número máximo de acciones aprobado por la junta, con arreglo a sus funciones, responsabilidades y objetivos a alcanzar.

Por último, aunque en principio la junta general sólo es competente para aprobar la retribución del órgano de administración en cuanto tal, ello no excluye la posibilidad de que el consejo de administración someta igualmente a deliberación y aprobación de la junta la retribución del personal de alta dirección, debiendo respetarse en este caso los criterios y parámetros fijados por la junta en materia de política retributiva.

TERCERO . Hechos probados en esta instancia .

De la prueba documental obrante en autos así como de la prueba testifical practicada durante el acto del juicio, tengo por acreditados los siguientes extremos:

PRIMERO. La sociedad **INTERMAS** NETS es una sociedad anónima que se constituyó en 1957, por periodo indefinido, siendo la empresa líder del grupo empresarial **INTERMAS** GROUP, cuya actividad principal consiste en la producción y comercialización de mallas plásticas elaboradas por extrusión y/o mediante proceso de tejido (art. 2 de los estatutos y punto 1, párrafo 2, de la memoria económica de las cuentas anuales cerradas a 31 de diciembre de 2016).

Hoy en día, el GRUPO **INTERMAS** tiene presencia en multitud de países tras haber apostado por su internacionalización a partir del año 2000.

SEGUNDO. La compañía **INTERMAS** NETS SA cuenta con un capital social de 845.727,20 euros, dividido en 14.072 acciones nominativas, con un valor nominal de 60,10 euros cada una de ellas (letra a, apartado 13 de la memoria económica del 2016).

TERCERO. Hasta el año 2016, los socios de dicha compañía eran:

a) NEW PLUS SL: titular de un 58,51%. Es el socio de control.

a. El socio mayoritario de NEW PLUS es la compañía BESICART SL, siendo uno de los socios la Sra. Elisenda , esposa del Sr. Bernabe .

b. La compañía NEW PLUS está dirigida por un consejo de administración cuya presidenta es la Sra. Elisenda .

b) AURICA XXI SCR SA: titular de un 20%. Se trata de una sociedad de capital riesgo perteneciente al Bando Sabadell SA, que llegó a pagar unos 22 millones de euros por la adquisición de ese paquete accionarial.

c) PALESTRINS SL: titular de un 12,83%.

d) GREENVEST SL: titular de un 2,66%

e) Sr. Simón : titular de un 1%.

f) Sr. Luis Pablo : 1%.

g) Autocartera: 4%. Adquiridas las acciones en el año 2015, por las que la sociedad **INTERMAS** pagó 1,7 millones de euros.

En conclusión, **INTERMAS** está controlada por NEW PLUS, siendo la sociedad dominante última del GRUPO **INTERMAS** la entidad BESICART, tal como se reconoce expresamente en la memoria económica de las cuentas anuales del ejercicio 2016 de **INTERMAS** NETS (doc. 4 de la demanda).

CUARTO. El día 27 de julio de 2016, la sociedad **INTERMAS** NETS adquirió otras 2815 acciones propias, representativas del 20% del capital Social, al socio AURICA XXI ACR, por las que pagó el siguiente precio (letras a y c de la memoria económica de las cuentas anuales del 2016 y doc. 6.1 de la contestación a la demanda):

a) Parte fija: 16.500.000 euros. De los cuales, 10 millones de euros los pagó en el momento de formalizar el contrato de compraventa y los 6,5 millones de euros restantes, se pagarían el 31 de diciembre de 2017.

b) Parte variable: pagadero a 30 de marzo de 2018, condicionado a la evolución de la sociedad. Concretamente:

a. Se pagaría un variable de 2,5 millones de euros adicionales al precio fijo, si el EBITDA de la compañía normalizado al 2017, era igual o superior a 20 millones de euros.



b. Otros 2,5 millones de euros más (además del variable de la letra a): si el EBITDA de **INTERMAS**, normalizado en el 2017, era igual o superior a 22 millones de euros.

c. Y otros 2,5 millones de euros más (además de las letras a y b): si el EBITDA normalizado al 2017, era igual o superior a 24 millones de euros.

QUINTO. Desde la década de los 80, viene siendo práctica habitual en **INTERMAS** la de premiar mediante la entrega de acciones a aquellos altos directivos que han destacado en el desempeño de su cargo, con el fin de que se queden en la compañía y no se marchen a la competencia y que se impliquen, en mayor medida, en logros mejores resultados. Por ejemplo:

a) En 1982, se beneficiaron de este sistema de retribución entre 15 y 20 directivos, concediéndoles a cada uno de ellos un 0,82% del capital social. Uno de los beneficiados fue el Sr. Jacobo (testigo) y el padre del Sr. Cesar .

b) Los días 14 de julio de 2000, 19 de diciembre de 2002 y 9 de junio de 2005, la compañía aprobó la entrega de otro paquete accionarial en favor de los siguientes directivos:

a. Sr. Cesar (director comercial de jardinería): A quien se le entregaron 75 acciones, representativas del 0,70% del capital social).

b. Sr. Simón (director de calidad y logística y hoy actor): se le entregaron primero 75 acciones, representativas del 0,70% del capital social y luego 66 acciones más, llegando a adquirir el 1% del capital social.

c. Sr. Luis Pablo (director de producción): con 75 acciones, representativas del 0,70% del capital social.

d. Sr. Ángel Daniel (director comercial de *performance, product & development*), con otras 75%, lo que representa el 0,70% del capital social.

e. Sr. Alberto (antiguo consejero delegado de **INTERMAS**). Recibió 141 acciones, representativas del 1% del capital social.

En cuanto a las condiciones económicas pactadas en la entrega de ese paquete accionarial, fue fijar un precio de venta de 2.186,79 euros por acción más una prima de emisión de 54,92 euros por acción lo que en el caso del Sr. Simón supuso un precio de compra de 144.328,14 euros más la prima. Tal conclusión se extrae del acta de la junta general de socios celebrada el día 17 de diciembre de 2002 (doc. 12 de la más documental aportada por la demandada a requerimiento de la actora en el acto de la audiencia previa),

Para facilitar al directivo la adquisición de esas acciones y poder atender las obligaciones fiscales derivadas de la misma, era práctica habitual que los socios pidieran un préstamo a una entidad financiera, constituyéndose la sociedad **INTERMAS** en avalista de la operación.

Ahora bien, no hay constancia que en ninguno de esos supuestos anteriores la sociedad **INTERMAS** hubiera asumido el pago de ese coste fiscal.

SEXTO. Para la elaboración de todos esos planes de incentivos a largo plazo mediante la entrega de acciones, la sociedad **INTERMAS** ha venido recurriendo a los servicios profesionales de un tercero (la firma "Garrigues").

SÉPTIMO. En el año 2012, la empresa **INTERMAS** contrató al Sr. Bernabe como alto directivo, por su dilatada experiencia en la gestión de compañías internacionalizadas. A los pocos meses, se le nombró miembro del consejo de administración y éste le designó, a su vez, como consejero delegado.

OCTAVO. Durante su gestión, el Sr. Bernabe ha tenido que hacer frente a varios conflictos que tenía abiertos la compañía, los cuales se han ido solucionando gracias a su implicación personal. Por ejemplo:

a) En el año 2013, la Hacienda Pública Francesa le impuso a **INTERMAS** una multa por importe de 20 millones de euros, la cual, de haberse hecho efectiva, hubiera abocado a la compañía a su estado de insolvencia. El Sr. Bernabe consiguió negociar con la Hacienda Pública Francesa y reducir dicha deuda a 4,5 millones de euros.

b) Consiguió que el Banco de Sabadell vendiera su participación en la compañía **INTERMAS** por 5 millones de euros menos del precio que había pagado en su día (salvo que se tuviera que pagar el variable). Con ello, permitió que la sociedad pudiera relanzar su plan estratégico, limitado hasta entonces por la citada entidad bancaria.

c) Consiguió refinanciar la deuda con los bancos. Así, el 4 de agosto de 2016, la sociedad recibió del "pull bancario" organizado en régimen de sindicación, la cantidad de 68.750.000 euros con la que **INTERMAS** saldó la totalidad de la deuda anterior. La devolución de la deuda se estructuró en tres tramos. El tramo A y B, con vencimientos semestrales hasta el 4 de agosto del 2022 y el tramo C con vencimiento el día 4 de agosto de 2019, por importe de 11.850.000 euros (folio 50 de la memoria económica del 2016).



- d) Saneó las cuentas de la compañía y a partir del 2012, **INTERMAS** consiguió de nuevo aumentar los beneficios.
- e) Solucionó el conflicto social que había latente, tras la decisión de la compañía de bajar los sueldos, permitiendo a los trabajadores recuperar su poder adquisitivo antes de la fecha inicialmente prevista, gracias a la evolución favorable del negocio.
- f) Por último, promovió una reestructuración mucho más eficiente de los recursos. Concretamente, hasta el año 2014, aunque había un director corporativo del grupo, cada filial funcionaba de manera independiente por país. A partir de esa fecha, se toma la decisión de eliminar las direcciones nacionales y centralizarlo todo desde la matriz para promover una política de ahorro de costes e implementar una misma cultura empresarial y de negocio.

NOVENO. Para implementar ese plan estratégico, el Sr. Bernabe se valió de dos piezas claves dentro de la organización: el Sr. Faustino (director financiero del grupo), quien llevaba trabajando para **INTERMAS** desde el año 2008 y el Sr. Guillermo, quien trabajó para la compañía del 2007-2012 y luego, tras varios años de estar trabajando para otra sociedad, volvió a **INTERMAS** en marzo 2015, ocupando actualmente el cargo de director de operaciones de todo el grupo y en todos los territorios.

DÉCIMO. En el año 2017, el consejo de administración de **INTERMAS**, le encomienda nuevamente a la firma Garrigues la elaboración de un plan de incentivos a largo plazo para retribuir en acciones al Sr. Bernabe, al Sr. Guillermo y al Sr. Faustino por su contribución a los buenos resultados de la compañía, con el objetivo de retenerles, al menos, hasta el año 2019, fecha en la que se producía un hito importante de los acuerdos de refinanciación al vencer la deuda del tramo C.

UNDÉCIMO. La citada firma elaboró entonces ese plan de incentivos que contenía, en síntesis, la siguiente propuesta:

- a) Adjudicarles el 4% del capital social que la compañía tenía en autocartera, a razón del 3% a favor del Sr. Bernabe; 0,5% a favor del Sr. Guillermo y 0,5% al Sr. Faustino.
- b) Precio de venta de la acción por su valor nominal (60,10 euros/ acción).
- c) Concederles un "préstamo" por importe de 851.826,14 euros al Sr. Bernabe, 141.951,79 euros al Sr. Guillermo y otro de 141.951,79 euros al Sr. Faustino, a devolver en 5 años, con el tipo del interés legal del dinero (docs. 1 y 2 de la demanda y doc. 9 de la contestación) para que pudieran atender sus obligaciones fiscales.

Ahora bien, ese préstamo, en realidad, no era una "asistencia financiera al empleado" propiamente dicha pues se concibió que fuera a "fondo perdido" pues simultáneamente a la firma de ese préstamo, se aprobó a favor de esos tres directivos un plan de incentivos por el mismo importe del préstamo de tal manera que devengarían su cobro por el simple hecho de permanecer en la empresa hasta el año 2019. Si cumplían tal requisito, los tres beneficiados por el plan de incentivos no tendrían que devolver el préstamo que les había concedido la compañía para pagar el coste fiscal frente al erario público por la adquisición de esas acciones y solamente si resolvían el contrato laboral, tendrían que proceder a la devolución del dinero en las condiciones antes descritas.

Esta forma de proceder le permitía a la compañía contabilizar la entrega de ese millón de euros adicionales como "retribución" y así deducírselo del impuesto de sociedades.

d) Como contrapartida se les impuso a los tres beneficiados una serie de limitaciones en cuanto a la venta de las acciones:

- 1.- Hasta que no devolvieran el préstamo (o lo cancelaran tras devengar ese incentivo adicional aprobado), se constituía un derecho real de prenda sobre esas acciones a favor de la sociedad.
- 2.- En caso de venta de las acciones a favor de un tercero, había un derecho de tanteo a favor de la sociedad **INTERMAS**.
- 3.- Si el directivo abandonaba la compañía, tenía la obligación de venderle las acciones a la sociedad o al tercero que ésta designara. Como precio de reventa se fijó el siguiente: dividir el valor que tuviera **INTERMAS** a fecha del cierre del último ejercicio entre el número de acciones, y multiplicando el resultado por el número de acciones a vender. En cuanto al valor de **INTERMAS**, se fijaba el siguiente: un múltiplo de nueve sobre el EBITDA menos la deuda financiera (síntesis).

4.- Asimismo, se le concedía al directivo una opción de venta de sus acciones, con el mismo precio que la opción de compra, si había un cambio en el control accionarial, entre otros supuestos (doc. 8 del escrito de contestación a la demanda).

DUODÉCIMO. El plan de incentivos fue aprobado por unanimidad por todos los miembros del consejo de administración, a excepción del Sr. Bernabe , quien se abstuvo en la votación.

DÉCIMO TERCERO. Acto seguido, el consejo de administración convocó a los socios para que asistieran a la junta general a celebrar el día 17 de febrero de 2017 con el siguiente orden del día:

Primero. Modificación del artículo 17 de los estatutos sociales.

Segundo. Toma de conocimiento y, en su caso, aprobación, del plan de incentivos consisten en la entrega de acciones que la sociedad mantiene en autocartera a directivos de la sociedad y autorización al consejo de administración para llevar a cabo las actuaciones necesarias para su puesta en funcionamiento.

DÉCIMO CUARTO. Antes de la junta, el Sr. Simón ejerció su derecho de información pidiendo que le remitieran copia del plan de participación en el capital por parte de los directivos que iba a ser sometido a la aprobación de la junta, siéndole entregado el día 14 de febrero de 2017. En él consta lo siguiente (doc. 1):

1.- Número de acciones que se pretende repartir: sujeto a revisión y aprobación de la junta, las acciones sujetas al plan de incentivos estarían entorno al 4% del capital social para toda su vigencia.

*2.- Identidad de los directivos y consejeros entre quienes se pretende repartir las acciones: sujeto a revisión y aprobación de la junta, los directivos invitados a participar en él serían el Sr. Bernabe (consejero delegado de la sociedad), D. Faustino (director financiero corporativo del grupo **Intermas**) y D. Guillermo (director general BtoB).*

3.- Precio de la acción y sistema de cálculo de su valor: el precio por el que los directivos invitados a participar en el plan podrán adquirir las acciones de la sociedad es su valor nominal. "

DÉCIMO QUINTO. La junta se celebró el 17 de febrero de 2017, bajo la presencia de la Notario de Llinars del Vallés, Doña Lluïsa Abella Crespo, quien levantó acta de la sesión (doc. 5).

DÉCIMO SEXTO. Sometido a deliberación el acuerdo primero relativo a la modificación del art. 17 de los estatutos, se aprobó por el 98,68% del capital social, votando en contra el Sr. Simón .

DÉCIMO SÉPTIMO. Sometido a deliberación el acuerdo segundo, el Presidente de la junta, después de argumentar y justificar el porqué de ese plan de incentivos, consistente básicamente en la entrega del 4% del capital social de **INTERMAS** a favor del Sr. Bernabe , del Sr. Guillermo y del Sr. Faustino , por su valor nominal, lo sometió a votación de los socios, siendo aprobado por una mayoría del 78,31% del capital social, votando en contra el Sr. Simón y absteniéndose los socios GREENVEST y PALESTRINS.

DÉCIMO OCTAVO. El día 21 de marzo de 2017, los Sres. Bernabe , Guillermo y Faustino suscribieron un contrato con la sociedad para formalizar la adquisición de esas acciones, convirtiéndose a partir de ese momento en socios de la compañía, con todos los derechos inherentes a tal condición (doc. 7 a 9 de la contestación a la demanda).

DÉCIMO NOVENO. En la junta general celebrada el día 28 de abril de 2017, a la que ya asistieron el Sr. Bernabe , el Sr. Guillermo y el Sr. Faustino como socios, se aprobó repartir dividendos por importe de un millón de euros, lo que supuso para el Sr. Bernabe unos dividendos de 30.000 euros y de 10.000 euros para los Sres. Guillermo y Faustino .

VIGÉSIMO. Desde el inicio, **INTERMAS** siempre ha estado dirigida por un consejo de administración, cuyos miembros percibieron en concepto de sueldos, dietas y remuneraciones durante el ejercicio 2015 de 680.000 euros y en el 2016, de 564.090 euros, no habiendo percibido más cantidades por otros conceptos como aportaciones a planes de pensiones o dividendos (punto 22 de la memoria económica de las cuentas anuales del 2016, folio 66, doc. 4 de la demanda).

VIGÉSIMO PRIMERO. El 19 de octubre de 2017, la junta general de **INTERMAS** decidió cambiar la forma del órgano de administración, pasando de tener un órgano de administración complejo (consejo de administración) a uno simple (administrador único) siendo nombrada la compañía NEW PLUS para ese cargo, quien designó al Sr. Bernabe como persona física para que le representara.

VIGÉSIMO SEGUNDO. A fecha actual, el Sr. Simón ya no ostenta cargo ejecutivo alguno dentro de la compañía **INTERMAS**, habiendo iniciado conversaciones con ésta para gestionar su salida del accionariado, sin que hasta la fecha las negociaciones hayan fructificado por discrepancias en cuanto al valor de las acciones (Sr. Jacobo).

**CUARTO . Acuerdo primero adoptado durante la junta general de socios de 17 de febrero de 2017, de modificación del art. 17 de los estatutos sociales.**

Teniendo en cuenta los preceptos indicados en el fundamento de derecho segundo, la jurisprudencia existente entorno a los mismos y los hechos probados, entro a analizar la primera de las acciones ejercitadas que tiene por objeto la ineficacia del acuerdo primero adoptado durante la junta general de socios celebrada 17 de febrero de 2017.

En ese acuerdo, se aprobó por el 98,68% del capital social, la modificación de apartado iii) del art. 17 de los estatutos sociales quedando redactado en los siguientes términos:

" En los supuestos de los miembros del consejo de administración que desarrollen funciones ejecutivas, su retribución podrá consistir en (...) d) la entrega de acciones, opciones sobre acciones u otras retribuciones referenciadas al valor de las acciones, con sujeción a lo dispuesto en el art. 219 LSC. La determinación y concreción de las condiciones de la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas se reflejarán mediante contrato suscrito entre la sociedad y el consejero con funciones ejecutivas de que se trate, que deberá ser aprobado por el consejo de administración por la mayoría legal y estatutaria y en todo caso, en atención a las disposiciones legales vigentes y de conformidad con los límites que la junta general establezca."

Todos los testigos que depusieron durante el juicio y muy especialmente, el Sr. Jacobo , confirmaron cómo desde su constitución, ha sido política habitual en **INTERMAS** la de retribuir a sus "altos directivos" mediante acciones, entre ellos, también a algún consejero delegado, con el fin de retenerlos y de alienar sus intereses personales a los de la empresa. Por tanto, tras el cambio legislativo y más, a la vista de la doctrina fijada por el TS en su sentencia de 26 de febrero de 2018 , es normal que si **INTERMAS** quería mantener la posibilidad de seguir retribuyendo en el futuro a consejeros con funciones ejecutivas o delegadas mediante la entrega de acciones, no le quedaba más remedio que modificar el art. 17 de los estatutos para incluir ese sistema de retribución, tal como hizo, por lo que ese acuerdo social no puede ser considerado en modo alguno abusivo. Cosa distinta será cómo se aplique luego esa previsión estatutaria por la junta general a la hora de fijar las condiciones económicas de esa retribución mediante acciones.

Por tal motivo, desestimo sin más trámites la acción de impugnación del acuerdo primero cuya validez declaro.

QUINTO . Acuerdo segundo por el que se aprueba la retribución mediante acciones a favor del Sr. Bernabe , del Sr. Guillermo y del Sr. Faustino .

En el acuerdo segundo, la mayoría del capital social de **INTERMAS** aprobó conceder a los Sres. Bernabe (consejero delegado), al Sr. Guillermo (director financiero) y al Sr. Faustino (director de operaciones), una retribución adicional consistente en la entrega de un paquete accionario del 4% que se correspondía con las acciones que la compañía tenía en autocartera, como premio a su implicación y logros en la implementación del plan estratégico y de negocio desde el año 2012.

Dicho incentivo consistía en la posibilidad de adquirir esas acciones por su valor nominal (60,10 euros/acción), y además, de manera "neta". Es decir, el incentivo no sólo consistía en la entrega de las acciones por su valor nominal en lugar de por su valor real de mercado sino que la compañía asumía también el coste fiscal al que tendrían que hacer frente esos tres directivos a la hora de presentar su declaración de la renta, coste fiscal que rondaba el millón de euros entre los tres beneficiados.

Esta operación se articuló de la siguiente manera:

La compañía les concedía a los tres beneficiados un préstamo por importe de un millón de euros (entre los 3) a devolver en 5 años y con un interés del 3%, para acto seguido, aprobar un plan de incentivos por ese mismo importe, condicionado a que no se marcharan de la compañía antes del 2019. Por esta razón, si los 3 beneficiarios continuaban siendo trabajadores de la empresa en el 2019 (lo cual no era muy fácil de lograr), no tendrían que devolver cantidad alguna a la empresa por aquel préstamo porque habrían devengando ese incentivo y sólo si se marchaban, tendrían que devolver el préstamo en las condiciones antes indicadas porque no habrían devengado el derecho a ese incentivo.

Pues bien, lo que procede analizar a continuación es si las condiciones económicas en las que se aprobó esa política retributiva consistente en la entrega de acciones es o no adecuada a las circunstancias económicas de la compañía al tiempo de aprobarse el acuerdo o si, por el contrario, es un acuerdo abusivo, impuesto por la mayoría en beneficio de tercero, en contra del interés social y de los socios minoritarios. Para ello, insisto, debemos acudir ineludiblemente a los criterios y parámetros que fijan los arts. 217.4 y 219 LSC, tras su nueva redacción dada por la ley 31/2014 .

1.- *Condiciones objetivas del plan de incentivos aprobado :*



Lo primero que hay que resaltar, como bien dice la actora, es que no estamos ante un plan de incentivos vinculado a la consecución de un plan estratégico o de negocio proyectado hacia el futuro sino más bien ante una recompensa o premio a esos tres altos directivos (uno de ellos, el consejero delegado), por el trabajo que han venido desempeñando desde el año 2012.

Por tanto, se trata de un plan de incentivos a "toro pasado", sin que los socios hayan tenido participación alguna a la hora de fijar los objetivos a conseguir para devengar ese derecho a una retribución adicional mediante acciones.

Con todo, no considero que, por este simple hecho, el acuerdo aprobado deba ser calificado de abusivo teniendo en cuenta que ese "control" de la junta general sobre la política retributiva vinculada a un plan de incentivos, entró en vigor en diciembre de 2014 y no es hasta febrero de 2018 que el TS ha aclarado algunos extremos sobre la nueva regulación.

2.- *Personas beneficiarias por el incentivo :*

Aunque la elección de las personas beneficiarias por el sistema de retribución en acciones compete, en principio, al órgano de administración, ello no impide que éste pueda someter su deliberación y aprobación a la junta general, tal como sucedió en este caso.

Pues bien, de la declaración del Sr. Jacobo , de los propios afectados (Sr. Guillermo , Sr. Faustino y Sr. Bernabe) y de la evolución positiva de los resultados de la compañía en los últimos ejercicios, tal como se observa por las cuentas anuales, este juzgador no tiene duda alguna de que las tres personas beneficiarias por ese plan de incentivos son merecedoras de obtener una retribución adicional por su gran labor e implicación en la implementación del plan estratégico y de negocio desde el año 2012, habiendo asumido unas funciones y unas responsabilidades muy superiores que las que tenían los directivos de antaño, tras la centralización de los recursos y la gestión de las empresas del grupo desde la matriz, lo que tan buenos resultados ha reportado. Hasta el punto que ha sido gracias a su dedicación y esfuerzo que la compañía no ha incurrido en colapso financiero.

3.- *Número máximo de acciones aprobadas :*

La junta aprobó retribuir a esas tres personas beneficiarias mediante la entrega del 4% del capital social que tenía en autocartera, porcentaje que no considero lesivo ni veo motivo alguno para su reproche pues se corresponde con el porcentaje de acciones que tradicionalmente la junta había venido aprobando para su reparto vía remuneración a favor de sus directivos.

4.- *Importe de la retribución a percibir :*

Cierto es que la retribución mediante acciones es un sistema de incentivos a largo plazo, perfectamente legítimo y que está orientado a que una compañía retenga a aquellos empleados que han demostrado tener un talento y unas habilidades especiales, de tal manera que, al convertirlos en socios, se comprometen más a la hora de obtener mejores resultados y se evita también que se marchen a empresas competidoras. Ahora bien, además de este sistema de retribución, existen también otros que pueden conseguir los mismos objetivos pero con un menor impacto en el patrimonio neto de la compañía, sobre todo, si el "blindaje" de esos empleados o altos directivos es durante un periodo de tiempo tan corto como dos años, tal como se aprobó en este caso, por ejemplo, mediante la aprobación de un bonus especial o, inclusive, mediante las "stock options".

Por tanto, para decidir si el sistema de retribución elegido es o no adecuado al interés social, lo primero que hay que saber es con qué cantidad quería la compañía retribuir a esos directivos por la labor desempeñada para luego decidir cómo instrumentaliza esa retribución adicional.

En este caso, no consta que se hiciera previamente ese ejercicio o, al menos, no me consta. Con todo, si aplico un simple cálculo matemático, puedo deducir que esa "retribución adicional" rondaba, entorno a los 3 millones de euros (entre los tres beneficiados), por los siguientes motivos:

a) Se les asignan unas acciones que valen en el mercado unos 2 millones de euros, por su valor nominal (por tanto, por poco más de 25.000 euros). De tal manera que el beneficio que obtienen parte de la diferencia entre esos dos valores. De hecho, llegado el año 2019, fecha en la que cual podrían devengar ese incentivo adicional, podrían vender las acciones a un tercero con libertad del precio, sin más límites que el de concederle un derecho de tanteo a la sociedad . Y digo que calculo el valor real de mercado en unos 2 millones de euros en base a dos parámetros, en defecto de prueba pericial: primero, por atendiendo al precio que pagó la compañía en el año 2015 para adquirir ese 4% de acciones en autocartera, llegando a pagar 1,7 millones de euros, valor que importe incluso presumo que hoy en día puede ser incluso mayor ante los buenos resultados que ha obtenido la sociedad y el Grupo **Intermas** durante este periodo de tiempo y segundo, en atención al impacto fiscal que tienen que pagar los tres beneficiados, pues si éste es por valor de un millón de euros, aproximadamente, eso



significa que las acciones valen en el mercado, cuanto menos, que el 60% más, tomando como referencia el tipo impositivo más alto de la tabla.

b) Además de lo que supone ya ese beneficio, habría que añadirle en este caso otro, como sería el millón de euros adicional que les concede la compañía a fondo perdido para hacer frente al coste fiscal pues si bien primeramente les concede un "préstamo", les otorga simultáneamente un incentivo por es mismo importe para cancelar "aquél" por lo que esa concesión de ese dinero, en realidad, es a fondo perdido, limitándose únicamente el derecho a su devengo a que permanezcan en la compañía hasta el año 2019.

Pues bien, si comparo la retribución adicional aprobada con la retribución en su día aprobada para todo el consejo de administración y por todos los conceptos en el 2015, por importe de 680.000 euros y en el 2016 de 564.090 euros, según consta en la memoria de las cuentas anuales del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2016, veo una manifiesta desproporción, lo que me lleva a concluir que estamos ante una retribución excesiva y por tanto, abusiva, por ser contraria al interés social.

Es más, dejando al margen el monto total de la retribución adicional aprobada, el carácter abusivo o desproporcionado de la misma también se infiere del análisis de las condiciones económicas en las que se aprobó el acuerdo. Veamos por qué:

5.- Precio de la acción :

La STS de 1 de octubre de 2002 nos da las pautas para saber cuál es el incentivo con el que se pretende retribuir a ese empleado al afirmar que la " utilidad patrimonial que obtiene el beneficiario de la opción está constituida por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de la adquisición y el precio de ejercicio pactado."

En nuestro caso, esa utilidad o beneficio económico está en la diferencia entre el valor de mercado de la acción y el precio pactado.

Como ya he expuesto anteriormente, aún sin saber exactamente el precio que tiene hoy ese 4% del capital social de **Intermas** en el mercado (al no haber aportado la demandada prueba pericial alguna sobre el particular, cuando entiendo que es a Ila a quien le correspondía la carga de la prueba), como he dicho, lo cifro entorno a los 2 millones de euros en base a esos dos parámetros a los que he hecho referencia, el precio de adquisición de ese 4% de las acciones en autocartera en el 2015 (1,7 millones de euros) y el coste fiscal a pagar por los tres beneficiados.

Por tanto, adjudicar esas acciones por su valor nominal (60,10 euros/acción), en un momento en el que la compañía tiene su deuda refinanciada y que está a punto de vencer, no sólo el tramo A y B de la deuda sino también el C (lo que le supondrá pagar unos 15 millones de euros según consta en la memoria económica de las cuentas anuales del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2016) y, al mismo tiempo, tener que pagar el 30 de marzo de 2018, la parte del precio variable de la compra de acciones a Auricar de obtenerse el EBITDA pactado) es, a entender de este juzgador, claramente perjudicial para la compañía pues se está desprendiendo de un activo que vale unos dos millones de euros en el mercado por poco más de 25.000 euros.

Respecto al argumento que utiliza la demandada de que ese precio fue el utilizado en ocasiones anteriores, ni está acreditado (según consta en el acta de la junta general del año 2002) ni aunque así fuera, justificaría esa decisión en el momento actual pues repito, las condiciones económicas deben ajustarse a la situación económica de la compañía en cada momento, como dice el art. 217.4 LSC y hoy en día, por muy buenos que sean los resultados de la sociedad, no podemos olvidar que tiene su deuda refinanciada y que en agosto de 2019 vence el tramo C de la deuda el cual, unido a la deuda vencida del tramo A y B, significa que tendrá que hacer frente a un pago de 14.985.1 euros. Con esto no quiero decir que la sociedad no pueda entregar las acciones al directivo a un precio algo inferior al de mercado, para que sea efectivamente un incentivo, ahora bien, lo que no resulta en este caso justificado es que sea por el precio más bajo de todos los posibles.

En conclusión, no parece razonable que en estos momentos la compañía decida deshacerse de ese activo tan importante como son las acciones que tiene en autocartera y más, por un precio notoriamente inferior al valor real de mercado, siendo por tal motivo un acuerdo contrario al interés social.

6.- Préstamo vinculado a un plan de incentivos:

Además del perjuicio que ya le supone a la compañía el desprenderse de ese activo por un precio notoriamente inferior al de mercado debemos añadirle otro, y es que el acuerdo de retribución mediante acciones no se agota con la simple entrega de esas acciones por su valor nominal sino que debe completarse con ese plan de incentivos adicional que se aprueba simultáneamente al contrato de préstamo, por el mismo importe que éste, para poder cancelarlo, incentivo adicional condicionado únicamente a que el directivo beneficiado permanezca en la compañía hasta el año 2019, incentivo por importe de un millón de euros que tiene por finalidad sufragar



todos los costes fiscales derivados de la operación. Dicho en otras palabras, como explicó la Sra. Eloisa , la compañía les vende a esos tres directivos esas acciones por su valor nominal y además, se las entrega de forma "neta", al asumir **INTERMAS** el pago de los impuestos cuyo devengo y pago le correspondería al trabajador, como sujeto pasivo del impuesto, lo que no parece razonable.

Respecto al argumento esgrimido por la demandada de que en otras ocasiones, lo que se había hecho era aprobar un reparto de dividendos mayor para que ese nuevo socio pudiera hacer frente a esas obligaciones fiscales (práctica que por otra parte no ha sido acreditada, y más, a la vista de la declaración del Sr. Jacobo) pero aunque así fuera, no por ello se podría extraer la conclusión de que en esos casos, la compañía estuviera asumiendo el coste fiscal de la operación ni tampoco se les estaría causando ningún perjuicio al resto de socios pues si se aprueba un mayor reparto de dividendos, lógicamente, todos los socios se benefician del mismo en atención a su cuota de participación en el capital social.

En suma, con ese plan de incentivos adicional aprobado por la junta de 17 de febrero de 2017, los socios minoritarios sí que se ven perjudicados al ver cómo la compañía, no sólo se desprende de un activo importante por un precio muy inferior al real de mercado sino que también ven cómo se aminora la tesorería de la sociedad en un millón de euros para hacer frente al pago de un impuesto que le corresponde al propio trabajador, dinero que perfectamente podría ser destinado a saldar otras deudas sociales o, simplemente, distribuirse entre todos los socios mediante la aprobación de un mayor reparto de dividendos. Por este motivo, también veo que estamos ante un acuerdo lesivo, contrario al interés social y en contra de los intereses de los socios minoritarios.

7.- Sostenibilidad de la compañía :

Cierto es que antes del acuerdo de 17 de febrero de 2017, el Sr. Bernabe no era socio de **INTERMAS**, ahora bien, qué duda cabe que su vinculación familiar con la Sra. Elisenda , socia de BESICART (sociedad dominante del GRUPO **INTERMAS** tal como se reconoce en la memoria), fue determinante para entender el sentido del voto de NEW PLUS. De hecho, baste ver su vinculación con estas compañías en el hecho de que tanto NEW PUS como BESICART han designado al Sr. Bernabe en varias ocasiones, como persona física para que les represente. Es más, a día de hoy, es el administrador único de la compañía tras haber sido designado por NEW PLUS como persona física para que le represente.

Además, el interés del Sr. Bernabe en la aprobación de este plan de incentivos es innegable hasta el punto que fue la persona que tuvo la iniciativa para su elaboración, quien le encargó a Garrigues que lo llevara a cabo y quien le ofreció a los Sres. Guillermo y al Sr. Faustino la posibilidad de convertirse en socios de la compañía como "gancho" para involucrarles en el nuevo proyecto empresarial.

Con ello quiero decir que habida cuenta esa vinculación entre el consejero delegado y el socio de control de **INTERMAS**, hace que sea la sociedad la que tenga mayor responsabilidad a la hora de acreditar que la retribución adicional aprobada supera el estándar de idoneidad que fija el art. 217.4 LSC, cosa que no ha hecho en este caso, habiéndose limitado a ensalzar la labor llevada a cabo por los tres beneficiarios del plan de incentivos pero omitiendo acreditar, cuestiones tan importantes y trascendentes como las siguientes:

Si esa retribución adicional se ajusta a la realidad económica de la empresa

Que no pone en peligro su sostenibilidad al corto y medio plazo (cosa que en este caso es discutible teniendo en cuenta que dentro de un año, la compañía tendrá que hacer frente a un desembolso de unos 15 millones de euros de la deuda refinanciada y que en marzo de 2018, quizás tendrá que pagar la parte variable del precio a Auricar por la compra de ese 20% en el 2016 si los resultados son positivos).

Ni tampoco ha acreditado que esa forma de retribuir y en esas condiciones económicas se corresponde con lo que vienen aplicando otras "empresas comparables" dentro de una muestra representativa (SJM nº 9 de 31 de enero de 2018). La declaración de la Sra. Eloisa no es concluyente a estos efectos por su falta de imparcialidad pues fue la persona que elaboró ese plan de incentivos, de ahí su defensa a ultranza del mismo, sin qué decir tiene que forma parte del mismo despacho profesional que ha asumido la defensa legal de los intereses de la parte demandada en este procedimiento.

En suma, tras valorar toda la prueba practicada conforme a las reglas de la sana crítica, este juzgador si bien reconoce el esfuerzo y sacrificio realizados por el Sr. Bernabe , por el Sr. Faustino y por el Sr. Guillermo y que gran parte de los logros y éxitos obtenidos por la compañía **INTERMAS** en los últimos años ha sido gracias a la labor e implicación en el trabajo por ellos realizada, lo cual les hace merecedores de algún tipo de gratificación adicional a la retribución que vienen percibiendo, sin embargo, no es menos cierto que las condiciones económicas en las que se aprobó el acuerdo por la junta general acerca de la posibilidad de retribuirles mediante la entrega de acciones son lesivas para el interés social y para el interés de los socios minoritarios, en beneficio de esos terceros, al no ser adecuada a las condiciones económicas actuales de la



compañía a la fecha de aprobarse el acuerdo, pudiendo incluso poner en peligro su sostenibilidad económica al corto y medio plazo, no habiendo tampoco constancia de que esa forma de retribuir y esas condiciones se corresponda con lo que vienen haciendo otras empresas comparables, todo ello me lleva a declarar la ineficacia del acuerdo por infracción del art. 204 LSC.

Por último, estimada la acción principal, no es necesario entrar en el análisis de la acción subsidiaria relativa a la posible ineficacia del acuerdo por infracción del derecho de suscripción preferente del actor.

SEXTO . Ineficacia de los acuerdos y de los actos y contratos que del mismo traigan causa .

La parte actora acumula a la acción de ineficacia del acuerdo social, la de nulidad del contrato de venta de acciones suscrito entre **INTERMAS** y las tres personas beneficiarias de ese plan de incentivos, pretensión a la que se opone la parte demandada sobre la base de que la ineficacia del acuerdo social no puede comportar la de otros actos que se hayan suscrito en ejecución del mismo, máxime cuando esos contratos han sido suscritos con terceros ajenos a este procedimiento.

El art. 122.1 TRLSA establecía en su redacción originaria:

" La sentencia que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado.

Por tanto, dicha normativa sí que regulaba los efectos derivados de la ineficacia de un acuerdo social los cuales se extendían sobre aquellos actos y contratos que hubieran sido suscritos en ejecución de los mismos con terceros siempre que no fuera de buena fe. Si eran de buena fe y hubieran contratado con la sociedad bajo la creencia de que ésta estaba actuando de forma legal, se mantenía la validez y la vigencia del contrato.

Sin embargo, tal norma fue sorprendentemente derogada por la disposición derogatoria única 2.2, de la LEC la cual, en su art. 222.3, párrafo 3º establece que:

" Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos sociales afectarán a todos los socios, aunque no hubieran litigado".

Y digo sorprendentemente porque no es lo mismo la eficacia de la sentencia desde el punto de vista procesal de la cosa juzgada que los efectos sustantivos que se derivan de la sentencia sobre los actos y contratos que traen causa del acuerdo social por ella anulado.

El actual art. 208 LSC no ha solucionado tampoco tal cuestión limitándose únicamente a señalar cuáles son los efectos que comporta la sentencia que anula un acuerdo social desde el punto de vista registral, sin hacer mención nuevamente a los efectos sobre los actos y contratos.

A tenor del art. 208 LSC:

" 1. La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El «Boletín Oficial del Registro Mercantil» publicará un extracto.

2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

La desaparición de aquella antigua referencia del art. 122 TRLSA ha hecho que surjan dos posturas doctrinales acerca de los efectos derivados de la anulación de ese acuerdo social por el juez.

1) Para unos autores, el pronunciamiento judicial debe limitarse únicamente a declarar la ineficacia del acuerdo, sin que pueda ir más allá (postura defendida por la demandada);

2) Para otros (postura de la actora), la omisión legal no impide que se pueda aplicar el axioma "*quod nullum est nullum effectum producit*", de tal manera que el juez, además de declarar la ineficacia del acuerdo, puede hacer lo mismo respecto de aquellos actos y contratos que traigan causa del acuerdo ineficaz, siempre y cuando ese tercero no sea de buena fe.

No duda este juzgador de que estamos ante una cuestión jurídica francamente discutible derivada justamente de esa ausencia legal acerca de los efectos sustantivos que comporta la anulación de la eficacia de un acuerdo social.

No veo impedimento alguno para que en la demanda se ejerciten de forma acumulada esas dos acciones, es decir, la impugnación del acuerdo social y también, la solicitud de ineficacia de todos los actos y contratos que se hubieran celebrado con terceros en ejecución de ese acuerdo inválido. Ahora bien, para que ello sea posible y se pueda entrar a resolver sobre el fondo de la acción acumulada, es imprescindible que la Litis se haya integrado correctamente y hayan sido traídos al proceso esos terceros para darles la posibilidad de intervenir



en el mismo y alegar lo que a su derecho convenga. No habiendo sido así en este caso, pues no han sido demandados ni el Sr. Bernabe , ni el Sr. Guillermo ni el Sr. Faustino , este juzgador no puede entrar a valorar el fondo de la acción ejercitada de forma acumulada. Lo cual no excluye ni exime al órgano de administración del deber de acatar el sentido de esta sentencia y del pronunciamiento judicial relativo a la ineficacia del acuerdo segundo y dejar en consecuencia sin efecto todos los actos y contratos que hubiera celebrado en ejecución del mismo, so riesgo de incurrir en responsabilidad al haber aprobado una retribución no ajustada a los criterios de la junta general (arts. 236.2 LSC y arts. 217 y 249.3 LSC).

Por todo lo anteriormente expuesto, desestimo la acción ejercitada de forma acumulada.

SÉPTIMO . Costas

De conformidad con lo dispuesto en el art. 394.1 y 2 LEC , no procede imponer a ninguna de las partes las costas generadas en esta instancia por las serias dudas de derecho que se plantean:

1) Porque estamos ante una estimación parcial de la demanda, lo que sería suficiente para no imponerlas a ninguna de las partes,

2) Además, y aunque pudiera sostenerse por la actora que estamos ante una estimación "sustancial" de la demanda y por tanto, que pudiera aplicarse el principio del vencimiento objetivo del art. 394.1 LEC , tampoco cabría su imposición por existir serias dudas de derecho:

a) Primero, porque estamos ante una nueva regulación legal, en la que los criterios que fija ahora el art. 217.4 LSC son indeterminados y muy casuísticos, por lo que habrá que esperar a tener una jurisprudencia consolidada que nos vaya dando pautas acerca de los límites a la hora de aplicar esos criterios y parámetros.

b) Por último, las dudas de derecho también se extienden respecto a la interpretación del art. 208 LSC y los efectos que se derivan de la sentencia estimatoria que declara la ineficacia de un acuerdo social sobre los actos y contratos celebrados en ejecución del mismo con socios, administradores y con terceros.

En atención a lo expuesto,

FALLO

Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda presentada por Simón contra la sociedad **INTERMAS NETS SA**, sin condena en costas.

Desestimo la acción de impugnación interpuesta por el Sr. Simón contra el acuerdo primero adoptado en la junta general de socios celebrada el día 17 de febrero de 2017, cuya validez declaro.

Declaro la ineficacia del acuerdo social segundo relativo a la aprobación de la remuneración mediante la entrega de acciones a favor de los directivos Sr. Bernabe , Sr. Guillermo y Sr. Faustino , por haber sido adoptado por la mayoría del capital social en beneficio de un tercero, en contra del interés social y de los intereses de los socios minoritarios.

No procede realizar pronunciamiento alguno respecto de la acción acumulada relativa a la posible ineficacia del contrato de compraventa de acciones suscrito el 21 de marzo de 2017 entre la sociedad y los Sres. Bernabe , Guillermo Y Faustino , en ejecución de ese acuerdo segundo anulado.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y el modo de su impugnación.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta sentencia cabe recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DÍAS (artículo 455 LEC).

Para la impugnación de esta resolución será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitida a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la **Cuenta del Expediente** de este Juzgado abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número **5080/0000/00/número de autos/año** , indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un **«Recurso» código 02 Civil-Apelación (50 €)**. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso (disposición adicional 15ª de la LOPJ). Las instrucciones completas para la realización del ingreso constan en la página oficial del Ministerio de Justicia: www.mju.es

Asimismo será preciso acreditar el pago de la correspondiente tasa judicial estatal y autonómica.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgado en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.